Die
Voraussetzungen des Gläubigerverzuges
nach gemeinem Recht und dem BGB.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

Hans Kornfeld

Kammergerichtsreferendar.

Rostock

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1903.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Litteratur-Verzeichnis.

Archiv für zivilistische Praxis, B. 69, Kohler: Zur Besitzlehre; Bd. 85, Oertmann: Der Kauf „mit Spezifikation."

Arndts v. Arnesberg, Lehrbuch der Pandekten, 1889.

Arumaeus, tractatio de mora. 1603.

Bekkers Jahrbücher, Bd. 2, Bekker: Verträge unter Abwesenden; Bd. 5, Bekker: Kontroverse über die exceptio non adimpleti contractus.

Bernstein, Mora creditoris, Greifswalder Inaug. Diss. 1900.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 1873—1892.

Büklers, Unterschied zwischen Leistungsbereitschaft und Leistung. Erlanger Inaug. Diss. 1897.

Charmak, Mora accipiendi nach gemeinem Recht und Gläubigerverzug nach BGB. Inaug. Diss. Greifswald 1902.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900—1901.

Crome, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1900.

Dernburg, Lehre des preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reiches, 1897.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens, 1898—1901.

Derselbe. Pandekten. 1900—1901.

Donellus, Commentarius in tit. de usuris etc. 1558.

Duncker, Voraussetzungen des Annahmeverzuges nach gemeinem Recht und BGB., Greifswalder Inaug. Diss. 1899.

Eiswaldt, Rücktritt und Zurückweisung. Ein Beitrag zur gemeinrechtlichen Lehre vom Verzuge. Erlanger Inaug. Diss. 1896.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1899—1900.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 5, 14, 30.

Endscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts, Bd. 15, 16, 22.

Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht, 1867.

Fels, Die Bestimmtheit des Kaufpreises im gemeinen Recht, 1878.

Ferrettus, libellus sing. de mora. 1551.

Frankfurter Rundschau, Sammlung von Entscheidunge des OLG. zu Frankfurt a. M., 36. Jahrg. 1902.

Fritz, Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen zu v. Wenig-Ingenheims Lehrbuch des gemeinen Zivilrechts, 1839.

Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten, Teil IV, 1796.

Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 17, Sohm: Vertragsschluss unter Ab-

wesenden und Vertragsschluss mit einer persona incerta; Bd. 18, Stahl: Erfüllungsort und Gefahrtragung beim Kaufe nach handelsrechtlichen Grundsätzen.

Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart; Bd. 6, Czyhlarz: Gerichtliche Deposition der Schuld; Bd. 13, Demelius über v. Schey.

Heimbach, Die Lehre von dem creditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten, 1849.

Henrici, Voraussetzungen der mora creditoris nach gemeinem Recht und BGB. Greifswalder Inaug. Diss. 1899.

Hirsch, Zur Revision der Lehre von der mora creditoris, 1895.

Jahrbuch des deutschen Rechts, Herausgegeben von Dr. Hugo Neumann, Berlin 1903, 1. Jahrgang 2. u. 3. Lieferung.

Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts; Bd. 4, Ihering: Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakt; Bd. 8, Unger: Zur Lehre vom Anerkennungsvertrage; Bd. 16, Kohler: Studien über Mentalreservation und Simulation; Bd. 17, Kohler: Annahme und Annahmeverzug.

Iherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 7, 2. Folge, Rosenberg: Verzug des Gläubigers nach gemeinem Recht und BGB.

Karlowa, Der römische Zivilprozess zur Zeit der Legisaktionen, 1872.

Koch, Lehrbuch des preussischen gemeinen Privat rechts, 1857.

Koch, Das Recht der Forderungen nach gemeinem und preussischem Rechte, 1858.

Koch, Mora creditoris, Göttinger Inaug. Diss. 1895.

Köppen, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, 1871.

Kohler, Zwölf Studien zum bürgerlichen Gesetzbuch. Sonderabdruck aus dem Archiv für bürgerliches Recht, 1900.

Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft, Bd. 3, Windscheid über Mommsen. Leipziger kritische Jahrbücher, Bd. 3, Schilling über v. Madai.

Maass, Bibliographie des BGB.

v. Madai, Die Lehre von der mora, 1837.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1900.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, III: Die Lehre von der mora, 1855.

Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II, 1888.

Munk, Wesen und Voraussetzungen der mora creditoris im gemeinen Recht und im bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, 1898.

Muther, Sequestration und Arrest im römischen Recht, 1856.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar zum BGB., 1899.

Pernice, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht, 1867.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, II. Recht der Schuldverhältnisse, 1897 bis 1901.

Reatz, Die Lehre vom Erfüllungsorte, 1862.

Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen, I: Die Vorverhandlung bei Verträgen, 1868.

Römer, Abhandlungen aus dem römischen Recht 1877.

Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts, 1852.

v. Schey, Begriff und Wesen der mora creditoris nach österreichischem und gemeinem Recht, 1884.

Schlossmann, Der Vertrag, 1876.

Schmid, Grundlehren der Zession nach römischem Recht, I, 1866.

Schmidt-Scharff, Wirkungen der mora accipiendi des Käufers, Göttinger Inaug. Diss., 1891.

Schoemann, Die Lehre vom Schadensersatze, 1806.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar zum BGB., 1900.

Schott, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, 1871.

Seufferts Archiv, Bd. 1, 5, 8, 16, 19, 21, 33, 42, 50.

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht, 1869.

Soergel, Rechtsprechung 1900/01, 1902.

Stammler, Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897.

Ulrich, Deposition und Dereliktion behufs Befreiung des Schuldners, Züricher Inaug. Diss. 1877.

Unterholzner, Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, 1840.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 1876.

Voigt, Das ius naturale aequum et bonum und ius gentinum der Römer, III: Das strictum ius und aequum et bonum der Römer, 1875.

Wachsner, Voraussetzungen und Wirkungen des Annahmeverzuges, Rostocker Inaug.-Dissert., 1895.

Warneyers Jahrbücher der Entscheidungen zum BGB. und den Nebengesetzen.

Warschauer, Tatbestand des Annahmeverzuges nach gemeinem Recht und dem BGB. Inaug. Diss. Breslau 1902.

Wentrup, Der Gläubigerverzug im BGB., 1900.

Wenz, Die Voraussetzungen des Gläubigerverzuges nach dem Recht des bürgerlichen Gesetzbuches. Inaug. Diss. Strassburg 1902.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1900—1901.

Wolff, Die Lehre von der mora, 1841.

Wolffenstein, Mora accipiendi nach gemeinem Recht und Gläubigerverzug des BGB., Berlin 1902.

Zeitschrift für französisches Zivilrecht, Bd. 8, Kohler: Die Anlagen an der Grenze.

Zeitschriften, „Das Recht", „Deutsche Juristenzeitung", Juristische Wochenschrift."

Ziegler, Voraussetzungen und Wirkungen des Annahmeverzuges nach dem BGB. Inaug. Diss. Leipzig 1901.

Inhalt.

A. Begriff der mora.

B. Voraussetzungen der mora accipiendi:

I. Auf seiten des Schuldners:
Erfüllungsbereitschaft, Oblation?

II. Auf seiten des Gläubigers:
Unterlassen der zur Lösung des Schuldverhältnisses erforderlichen Mitwirkung.

A. Begriff der mora.

„An mora facta intellegatur, neque constitutione ulla neque iuris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti quam iuris", — dieser Ausspruch des Kaisers Antoninus Pius, welchen Marcian libro quarto regularum zitiert,[1] zeugt von der Schwierigkeit, den Begriff der mora bei dem Eingreifen dieses Instituts in fast alle Teile des Rechtsgebiets und dem Mangel allgemeiner Grundsätze scharf zu präzisieren. Wenngleich die Zahl der Fragmente, welche die mora berühren, nicht unbedeutend ist, so forschen wir in den Quellen doch vergebens nach einer Definition des Verzugsbegriffs, und ebenso fehlt es in den Kodifikationen Justinians an einer zusammenhängenden Darstellung der gesamten Lehre von der mora. Zwar handelt in den Digesten ein besonderer Titel gleichsam ex professo von der mora laut der Inskription: „de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora", doch kommt diese hier fast nur unter dem Gesichtspunkte der usurae in Betracht, und eine Definition der mora findet sich auch hier nicht. Des weiteren ist

1) cf. l. 32 pr. D. de usur. 22,1.

uns weder ein Senatuskonsult noch eine lex, die mora betreffend, überliefert worden; auch das Edikt des Prätors schweigt hier.

„Difficilis est huius rei definitio", sagt Pomponius in seinem liber XII epistolarum,[1] und nicht ungerechtfertigt erscheint es, dass Schriftstellern wie Ferretus,[2] Donellus[3] und Arumaeus[4] Bedenken erwuchsen, ob eine Begriffsbestimmung der mora überhaupt möglich sei. Bezeichnend hierfür sind insbesondere die Worte des Arumaeus: „quae difficilia sunt, impossibilius annumerantur: morae autem definitio difficilis est per consequens et impossibilis".

Diese Bedenken wurden jedoch von einer grossen Zahl von Juristen nicht geteilt, welche es unternahmen, eine Definition der mora aufzustellen, — von Accursius[5] als Vertreter der Älteren angefangen bis in die Gegenwart, so dass v. Madai[6] geradezu von einer Literärgeschichte des Begriffes der mora spricht.

Während sich aber in der gemeinrechtlichen Doktrin für die mora solvendi s. debitoris eine fast unbestrittene Definition herausbildete: „Der Schuldner

---

1) cf. l. 32 pr. D. de usur. 22,1.

2) Ferretus, libellus de mora, nr. 10.

3) Donellus, tractatus de mora c. 1.

4) Arumaeus, tractatio de mora, c. 2.

5) Die Glosse des Accursius definiert: mora est, cum quis maior XIV annis non habens curatorem, interpellatus per dici appositae lapsum, vel per eius cui debetur denunciationem congruo loco et tempore factam, cum intelligat se tenere, vel intelligere debeat, nec omissa sit debiti repetendi instantia, sine causa distulit rei praestationem vel solutionem.

6) v. Madai, Lehre von der mora, § 1.

kommt in Verzug, wenn er eine ihm obliegende Leistung rechtswidrig verzögert", — blieb der Begriff der morn accipiendi s. creditoris schwankend.

Gemeinsam ist der mora solvendi und der mora accipiendi, dass beide eine Verzögerung der Erfüllung der Obligation herbeiführen und die Übereinstimmung der beiden Institute in diesem Punkte hat es auch veranlasst, dass derselbe Name auf beide angewendet wurde. Tatsächlich beruhen beide auf wesentlich verschiedener Grundlage. Baut sich die mora solvendi auf der Verpflichtung des Schuldners zu einer Leistung auf, so bildet für die mora accipiendi das Recht des Gläubigers — genauer: die Nichtausübung seines Rechtes — das Fundament. Beide Institute stehen sich in ihrem innersten Wesen völlig entgegengesetzt gegenüber. Dort Pflicht, hier Recht. Bewirkt der Schuldner die ihm obliegende Leistung nicht in gehöriger Weise, so verletzt er eine Pflicht. Ganz anders der Gläubiger. Er ist als solcher zu nichts verpflichtet, also auch nicht verpflichtet, anzunehmen.[1] Ist ihm eine solche Verpflichtung vertragsmässig auferlegt, so ist er in diesem Punkte nicht mehr Gläubiger, sondern Schuldner, und es läge in solchem Falle bei Nichtannahme seitens des Gläubigers nicht Annahme-, sondern Leistungsverzug vor. — Den Gegensatz zwischen den beiden Rechtsinstituten bringt das BGB. schon äusserlich dadurch zum Ausdruck, dass es dem Verzug des Gläubigers einen besonderen Titel widmet: „Verzug des Gläubigers", §§ 293—304.

1) cf. Crome System des bürgerlichen Rechts, Bd. II. S 145.

Aufgabe des Gesetzes ist es, beim Vorliegen des Annahmeverzuges einer Unbilligkeit gegen den Schuldner unter möglichster Wahrung des Interesses des Gläubigers zu steuern.[1] Ob und wie das BGB. dieser Aufgabe gerecht geworden ist, wird unten dargetan werden.

Eine Definition des Gläubigerverzuges gibt auch BGB. nicht. Man kann dies vom Standpunkte Kohlers aus billigen, der die Ansicht vertritt, dass die Definition des Gläubigerverzuges und die Entwicklung seiner Voraussetzungen nicht in das Gesetzbuch gehöre; das Aufstellen einer Definition sei ein Übergreifen der Gesetzgebung, welches sich gerade in der Lehre vom Gläubigerverzuge schon schwer gerächt habe. Die Proteusnatur des Institutes, welches im Leben immer neue und abermals neue Formen annehme, spotte jeder gesetzlichen Berechnung und das Beste, was in dieser Beziehung gesagt werden könne, sei jener eingangs zitierte Ausspruch des Kaisers Antoninus Pius.

Immerhin erscheint auf Grund der klaren Prinzipien des BGB. in Bezug auf den Gläubigerverzug die Möglichkeit einer Begriffsbestimmung gegeben, die wir dahin formulieren: Gläubigerverzug ist eine Verzögerung der Erfüllung, die infolge Unterbleibens der zur Lösung des Schuldverhältnisses auf der Gläubigerseite erforderlichen Mitwirkung eintritt.

---

1) cf. Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I. S. 366.

B. Voraussetzungen der mora accipiendi.

I. Auf seiten des Schuldners: Erfüllungsbereitschaft. Oblation?

Die Quellen setzen zur Begründung der mora-accipiendi nur Erfüllungsbereitschaft des Schuldners voraus. So schreibt in l. 3 § 4 D. de act. empti vend. 19,1 Pomponius: „Mora autem (emptoris) videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediat, quo minus traderet, praesertim si omni tempore paratus fuit tradere“ und ebenso in l. 39 D. de solut. 46,3 Africanus libro octavo quaestionum: „Sie soluturus pecuniam tibi . . . . ac si paratome solvere tu ex aliqua causa accipere nolles“.

Ob zu diesem Erfordernis, der Erfüllungsbereitschaft, noch eine Oblation seitens des Schuldners hinzutreten müsse, ist für das gemeine Recht Streitfrage. Für die Notwendigkeit des Angebots hat sich die Majorität der gemeinrechtlichen Schriftsteller erklärt; dagegen sind zwei auf dem Gebiete der mora-Lehre namhafte neuere Autoren: Kohler und v. Schey.

Kohler[1] sagt: „Damit ein Annahmeverzug vorliegt, ist nur nötig, dass der Schuldner dasjenige tue, was von seiner Seite ohne Mitwirkung des Gläubigers zu tun ist, so dass, wenn es nicht zur Erfüllung kommt, dies lediglich und allein auf die mangelnde Beihülfe des Gläubigers als wirkende Ursache zurückzuführen ist. Dass der Schuldner ein Weiteres tun müsse, widerspricht dem Grund-

1) cf. Iherings Jahrb. Bd. XVII, S. 400.

gedanken des Intitutes und hat auch keinen Halt in den Quellen".

In der Tat kann nicht behauptet werden, dass die Quellen eine Oblation für den Verzug des Gläubigers als wesentlich hinstellen. Es fehlt in dem Teil der Digesten, welcher laut dem oben zitierten Rubrum ex cathedra von der mora handelt, jeder Hinweis auf das Erfordernis des Angebots, und in der zitierten l. 3 § 4 D. de act. empti vend. 19,1 wird Erfüllungsbereitschaft gerade dort verlangt, . . . „si omni tempore paratus fuit tradere" . . . wo man nach der herrschenden Regel die Oblation erwarten müsste. Des Weiteren kann in l. 122 § 5 D. de VO. 45,1 der Ausdruck: „si non cessasset ex stipulatione pecuniam offere" nur als „Erfüllungsbereitschaft" gedeutet werden, da ein fortdauerndes Anbieten nur in diesem Sinne aufgefasst werden kann; denn das Angebot ist ein einmaliger Akt, der nicht ununterbrochen fortbesteht.

Allerdings ist zuzugeben, dass eine Anzahl von Quellenstellen,[1] eine Oblation als wesentliches Moment hervorheben, doch kommt die Oblation in diesen Fällen nicht als Voraussetzung der mora accipiendi, sondern der gerichtlichen Deposition oder anderer Erfüllungssurrogate in Betracht. Das gleiche trifft auch für nov. 91 c. 2 zu. Hier wird auf der Seite des Schuldners vorausgesetzt, dass er dare voluerit: dass damit aber lediglich Erfüllungsbereitschaft

1) cf. l. 1 § 3, l. 7 D. de usur. 22,1; l. 56 § 1 D. mand. 17,1; l. 2 C. de iure emphyt. 4,66; l. 10 C. de pign. act. 4,24; . 3 C. de luit. pig. 8,31; l. 2, l. 6 C. h. t. 4,32.

verlangt wird, zeigen die Worte; „vel, quod etiam maius est, faciat, et forte offerat, et . . . . deponat". Die Oblation ist hier also ein besonderes Erfordernis für die Deposition, nicht für den Eintritt der mora des Gläubigers. Andere Quellenstellen erwähnen wiederum die Oblation als Voraussetzung der purgatio morae creditoris;[1] andere wieder als Teil der Verpflichtung des Schuldners kraft der Natur des zu Grunde liegenden konkreten Schuldverhältnisses.[2]

Nur als Voraussetzung des Erfüllungssurrogates stellt auch l. 4 § 2 D. de peric. 18,6 die Oblation hin. Es heisst dort: „Vino autem per aversionem vendito, finis custodiae est avehendi tempus. Quod ita erit accipiendum, si adiectum tempus est: ceterum, si non sit adiectum, videndum, ne infinitam custodiam non debeat venditor. Et est verius, secundum ea, quae supra ostendimus, aut interesse, quid de tempore actum sit, aut denuntiare ei, ut tollat vinum: . . . ."

Ein so schroffes Vorgehen, wie die Ausschüttung des Weines, die einer Substanzvernichtung gleichkommt, lässt in der Tat eine ausdrückliche Androhung wohl gerechtfertigt erscheinen.

Die weiteren Stellen, auf welche die Gegner sich berufen, beziehen sich teils auf Bringschulden, wo der Schuldner vertragsmässig die Leistung zu bringen hat, teils auf Genussschulden, wo die

1) cf. l. 72 § 1—3 D. de sol. 46,3; l. 26 D. sol. matr. 24,3.
2) cf. l. 21 D. de reb. cred. 12,1; l. 30 D. de sol. 46,3; l. 95 C. de pign. act. 13,7.

Notifikation nötig ist, um die Ausscheidung und damit den Gefahrübergang der spezies zu bewirken; ferner auf solche Fälle, wo der Schuldner vorher in mora solvendi war und nun natürlich dem Gläubiger entgegenkommen muss.

Die Erfüllungsbereitschaft bleibt demnach die alleinige Voraussetzung der mora accipiendi auf der Schuldnerseite. Was zu dieser Bereitschaft gehört, ergibt sich aus der Art und dem speziellen Inhalt des zu Grunde liegenden Schuldverhältnisses. Als allgemeine Regel mag der Satz gelten, dass der Schuldner leistungsbereit ist, wenn er die ihm obliegende Leistung soweit bewirkt hat, dass es zur Lösung des iuris vinculum nur noch auf die Mitwirkung des Gläubigers ankommt. Handelt es sich bei einer Sachleistung um eine Bringschuld, so gehört in diesem Falle zur Erfüllungsbereitschaft, dass der Schuldner dem Gläubiger die Leistung überbringt. Dies ist jedoch keine Oblation im Sinne der Gegner, keine Handlung, die eine Parallele darstellt zu der Interpellation bei der mora debitoris. Mit Recht sagt auch Kohler; „Dass man den Schuldner zur Leistung mahnt, ist sehr begreiflich; aber das man auch den Gläubiger zur Empfangnahme mahnen soll, heisst doch gewiss die Höflichkeit zu weit getrieben".[1]

Auch die Gegner geben zu, dass es Fälle gibt, in denen es einer Oblation seitens des Schuldners nicht bedarf. So in den Fällen, wo gemäss dem Inhalt des konkreten Schuldverhältnisses dem

1) Kohler in Iherings Jahrb. Bd. XVII S. 405.

Gläubiger die Abholung der Leistung an einem bestimmten Termin zur Pflicht gemacht ist, so dass in Umkehrung der Parömie: „dies interpellat pro homine“ von einem „dies offert pro homine“ gesprochen wird.[1] Mommsen[2] bezieht sich hierfür auf die oben zitierte l. 4 § 2 D. de peric. 18,6,[3] und Hirsch[4] steht allein mit seiner Ansicht, wenn er meint, dass die Schlüsse, welche Mommsen aus dieser Stelle hinsichtlich der in Rede stehenden Fälle zieht, zu weitgehende seien, da abgesehen davon, dass die Zulässigkeit von Dereliktion und Selbsthülfeverkauf der l. 1 § 3 D. eod. auch bei fixiertem Abnahmetermin an vorhergehende Denunzitation geknüpft sei, ohne eine solche in dem gedachten Falle von den sonstigen Wirkungen der mora accipiendi nur die Befreiung von der custodia-Pflicht eintrete; im übrigen aber seien bei dem gegebenen Tatbestande die Wirkungen des Gläubigerverzuges von einer Verbaloblation abhängig zu machen. — Wissenschaft[5] und Praxis[6] stimmen jedoch darin überein, dass in den genannten Fällen

1) Einen Anwendungsfall bietet z. B. W. O. Art. 40.

2) S. 174.

3) Vgl. auch l. 5 D. de peric. 18,6: Si per emptorem steterit, quominus ad diem vinum tolleret, postea, nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo praestari; l. 2 § 1 D. eod: Custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat etc.

4) S. 211 fg.

5) cf. Windscheid, Pand. § 345; v. Schey, S. 115 Anm. 4; Unger, S. 134; Munk, S. 17; Rosenberg, S. 158.

6) cf. Entsch. OAG. zu Dresden v. 10. Nov. 1850 in Seuff. Arch. Bd. 5, S. 359; Entsch. OLG. zu Rostock v. 12. Dez. 1892 in Seuff. Arch. Bd. 50, S. 267.

eine Oblation seitens des Schuldners nicht erforderlich ist.

Einer Oblation bedarf es ferner auch nach Ansicht der Gegner nicht im Falle der Abwesenheit des Gläubigers. In l. 6 C. de usur. 4,32 heisst es: „Absente vero creditrice praesidem super hoc interpellare debueras". Der hier angeführte obrigkeitliche Akt wird schon von Mommsen[1] so gedeutet, dass er nur die Leistungsbereitschaft und die Abwesenheit des Gläubigers beurkunden sollte, keineswegs aber eine Oblation sei. Gegen diese Interpretation wendet sich Hirsch[2] und mit ihm neuerdings Rosenberg.[3] Ersterer führt an, dass die Oblation, wenigstens dann, wenn sie Verbaloblation ist, im wesentlichen die Bedeutung einer Erklärung der vorhandenen Erfüllungsbereitschaft habe, und fasst das interpellare als Abgabe der Erklärung des paratum esse zu gerichtlichem Protokoll auf, da sie dem abwesenden Gläubiger gegenüber nicht erfolgen kann; diese gerichtliche Erklärung sei demnach eine Oblation. – Zu demselben Resultat gelangt Rosenberg, der von dem Prinzip ausgeht, dass es einen Unterschied zwischen Real- und Verbaloblation nicht gebe und das Angebot stets nur eine Erklärung der Leistungsbereitschaft sei. Ihm gilt das interpellare praesidem super hoc, die gerichtliche Beurkundung der erklärten Leistungsbereitschaft dem Angebot gleich.

1) S. 168 fg.
2) S. 210.
3) S. 159.

Des weiteren wird von gegnerischer Seite zugegeben, dass eine Oblation nicht nötig sei, wenn der Schuldner mit dem Betrage der Schuld unbekannt ist, und ferner bei solchen Obligationen, welche die Feststellung eines bestimmten Termins für die Entgegennahme der Leistung enthalten.

Wird demnach das Prinzip der Oblation von den Gegnern selbst in mannigfacher Weise durchbrochen, so sind ihre Ansichten vielfach darüber divergierend, wie die Oblation zu erfolgen habe.

Die Majorität der gemeinrechtlichen Schriftsteller, welche für das Erfordernis der Oblation eintreten, unterscheidet ein reales und ein verbales Angebot. Es fehlt jedoch nicht an solchen, welche diesen Unterschied nicht anerkennen. So behauptet Arumaeus,[1] dass überall eine oblatio verbalis genüge, den creditor in mora zu versetzen.

Doch auch unter denjenigen Schriftstellern, welche einen Unterschied zwischen Real- und Verbalangebot statuieren, herrscht nicht Einigkeit darüber, wann die Oblation realiter erfolgen müsse, und wann ein verbales Angebot genüge.[2] Glück hält eine Verbaloblation für ausreichend bei Leistungen auf ein facere und Immobilien; stets verlangt er dagegen eine Realoblation, wenn es sich um eine Mobilie[3] handelt.

---

1) c. VII nr. 6.

2) Teil 4, (1796) S. 409.

3) Diesen Standpunkt teilt auch das Bayr. Landr. 7. IV. Kap. 14 § 15; das Sächs. GB. § 748,2; Entwurf eines BGB. f. d. deutsche Reich, Vorl. des Redaktors, Recht der Schuldverhältnisse 1, § 30; Rosenberg, S. 149.

Als communis opinio bildete sich im gemeinen Recht die Regel heraus, dass bei Bringschulden realiter, bei Holschulden verbaliter angeboten werden müsse; jedoch wurde auch bei der Verbaloblation verlangt, dass der Schuldner zur Zeit der Oblation tatsächlich bereit sein müsse zu erfüllen, da sonst die Möglichkeit einer Scheinoblation vorliegen könnte.[1]

Das BGB. hält an dem Erfordernis der Oblation als Voraussetzung der mora accipiendi prinzipiell fest. Der masgebende § 293 sagt: „Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt." Das BGB. folgt so dem Beispiele aller neueren Kodifikationen und Entwürfe, die sämtlich auf diesem Punkte der Entwicklung stehen geblieben sind.[2]

Hirsch[3] sucht diese vom BGB. geforderte Notifikation der Leistungsbereitschaft des Schuldners — wenngleich er zugiebt, dass diese Forderung sich als ein plus gegenüber der obligationsmässigen Haftung desselben darstellt — de lege ferenda aus der Erwägung heraus zu rechtfertigen, dass die so erheblich in die Rechtssphäre des Gläubigers ein-

---

1) cf. Erk. des OAG. zu München v. 6. April 1864 in Seuff. Arch. Bd. 19, S. 134.

2) cf. Ent. eines BGB. für das Grossherzogtum Hessen 1853, Art. 249; Privatrechtl. Gesetzbuch für Zürich 1855, § 960; Entw. eines BGB. für Bayern 1861, Art. 128; BGB. für Sachsen 1863, § 746; Entw. eines für die deutschen Bundesstaaten gem. Gesetzes über die Schuldverhältnisse (sog. Dresdener Entwurf) 1865, Art. 321; Schweizerisches Bundesgesetz über das Obligationenrecht 1881, Art. 100.

3) Hirsch, S. 241.

greifenden mora-Wirkungen ein vorheriges Verfahren des Schuldners erforderlich erscheinen lassen, welches gleichsam eine Warnung des Gläubigers involviere.

Solche Warnung mag allerdings in vielen Fällen angebracht und nutzbringend sein, insofern dadurch Rechtsstreitigkeiten vorgebeugt wird; vom rein wissenschaftlichen Standpunkte aus kann es jedoch nicht gebilligt werden, wenn das Gesetz hier dem Schuldner ausser seiner ursprünglichen Verpflichtung noch eine weitere auferlegt, die unter Umständen sogar die lästigere für ihn werden kann.

Nicht unzutreffend nennt Crome[1] das Angebot ein „Sicherheitserfordernis," welches deshalb gerechtfertigt sei, weil die Leistungsbereitschaft des Schuldners nur die Verhinderung der Leistung auch dem Gläubiger äusserlich oft kaum erkennbar seien und es nicht anginge, an sie allein anzuknüpfen, besonders aus dem Grunde, weil Leistungsbereitschaft und Leistungsverhinderung nicht mit Sicherheit in einem bestimmten Zeitpunkt hervortretende Momente seien.

Das Erfordernis eines Angebotes kann jedoch leicht eine unbillige Erschwerung des Schuldners herbeiführen, wie ein Fall beweist, der dem Oberlandesgericht Darmstadt[2] im Jahre 1902 zur Entscheidung vorlag. Es handelte sich um einen dienstbereiten Verpflichteten, der von Dienstberechtigten in ganz bestimmter Weise

---

1) Crome, a. a. O. S. 149 fg.

2) cf. Hessische Rechtsprechung, Bd. IV, S. 34, (Entsch. d. OLG. Darmstadt v. 24. 12. 1902); cf. auch Entsch. d. OLG. Marienwerder II. C. S. v. 8. 4. 1902; Recht 1903, No. 14, S. 338.

zurückgewiesen worden war. Hier von dem Verpflichteten verlangen, seine Dienste nochmals anzubieten, wäre eine Unbilligkeit gegen diesen gewesen, die nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben kann. Das Gericht hat den auch mit vollem Recht entschieden, dass bei dieser Sachlage dem Schuldner nicht zugemutet werden könne, die leere Formalität des Anbietens der Dienste vorzunehmen und zu wiederholen. Ganz im Sinne dieser Entscheidung spricht sich auch Römer[1] aus, der ausführt, dass der Prinzipal, welcher seinen Handlungsgehilfen ungerechtfertigt entlässt, schon durch die in dieser Entlassung liegende Nichtannahme der Dienste desselben gemäss § 293 BGB. in Verzug kommt.

Eine Lücke zeigt der § 293 BGB., wenn es sich darum handelt, wie im Falle eines Erbganges die mehreren Erben eines Gläubigers vor der Teilung in Annahmeverzug gesetzt werden. Das Preussische Allgemeine Landrecht enthielt über diesen Punkt eine Spezialbestimmung (I, 11 § 775). In Ermangelung einer solchen im BGB. ist der § 293 dahin zu ergänzen, dass der Schuldner die mehreren Erben auffordert, sich an einem bestimmten Tage an dem letzten Wohnort ihres Schuldners einzufinden oder einen Bevollmächtigten zur Empfangnahme zu bestellen oder einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten zu ernennen, dem er das Geld einsenden kann[2]

---

1) Römer i. d. deutschen Juristenzeitung VIII. Jahrg. No. 14, S. 340; cf. auch David i. d. Zeitschrift „Das Recht", 1902, No. 6 S. 146 fg.

2) Scherer i. d. Zeitschrift „Das Recht", 1900, No. 8, S. 170.

Praktisch ist diese Frage in einem Falle geworden, der vom Reichsgericht durch Urteil vom 14. Dezember 1898 entschieden worden ist. — Scherer erörtert a. a. O. auch noch die Frage, wie sich die Sachlage bei einer Mehrheit von Zessionaren gestaltet. Entweder hat hier jeder nur einen Teil zu fordern, — dann kann er für seinen Teil in Verzug gesetzt werden; oder es sind Solidargläubiger, — dann greifen die §§ 428, 429 BGB. Platz.

Was nun die Art und Weise anbetrifft, wie das Angebot zu erfolgen hat, so gilt nach dem BGB. gemäss § 294 als Grundsatz, dass die Leistung dem Gläubiger tatsächlich angeboten werden müsse, m. a. W.: der Schuldner hat den Erfüllungsakt von seiner Seite zu vollziehen. Worin der Erfüllungsakt besteht, bestimmt sich nach der Art des zu Grunde liegenden Schuldverhältnisses. Geht dieses auf ein Geben, so muss der Schuldner in der Weise anbieten, dass er dem Gläubiger den Leistungsgegenstand unmittelbar darreicht; handelt es sich dagegen um ein obligatio faciendi, dann hat der Schuldner das Angebot in der Weise zu bewirken, dass er dem Gläubiger seine präsente Leistungsbereitschaft dartut. Der § 294 BGB. sagt, dass die Leistung tatsächlich, und zwar so, wie sie zu bewirken ist, angeboten werden muss. Darin liegt, dass das Angebot ein Erfüllungsangebot sein muss, also tatsächliche Erfüllung angeboten werde, die geeignet ist, ein Erlöschen des Schuldverhältnisses entsprechend der Vorschrift des § 362 BGB. zu bewirken. Daher muss in der Regel das tatsächliche Angebot am Erfüllungs-

orte erfolgen[1] und folglich wird z. B. ein Annahmeverzug des Käufers nicht dadurch begründet, dass dieser, bevor ihm die nach dem Vertrage an seinen Wohnort zu sendende und dort zu empfangende Ware an diesem Orte angeboten wird, erklärt, dass er den Kaufvertrag nicht für rechtswirksam erachte. Auch in solchem Falle ist zur Begründung des Annahmeverzuges erforderlich, dass dem Käufer die Ware am Erfüllungsorte angeboten werde.[2]

Der Grundsatz des Realangebotes wir aber vom BGB. für eine grosse Reihe von Fällen durchbrochen, namentlich für solche, in denen ein taisächliches Angebot nur als „zwecklose Zeit- und Kraftverschwendung“[3] erschiene. Ein wörtliches Angebot genügt daher nach § 295 BGB., wenn der Gläubiger dem Schuldner erklärt hat, dass er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung derselben eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere, wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat. Ein tatsächliches Angebot würde hier nicht nur oft nutzlos sein und selbst gegen das Interesse des Gläubigers verstossen,[4] sondern es wäre auch gegen Treu und Glauben, wenn der Gläubiger, nachdem er dem Gläubiger erklärt hat, dass er die Leistung nicht annehmen werde, sich darauf berufen wollte, dass dieser die Leistung

1) cf. Entsch. d. RG. v. 4. Februar 1902 (Jur. Wochenschrift. 1902, Beil. S. 197).

2) cf. Entsch. d. R. v. 15. Februar 1902, Bd. 50, S. 208 ff.

3) Crome, S. 150.

4) Matthiass, S. 367 § 81, II A, 2 a.

nicht tatsächlich, sondern nur wörtlich angeboten habe.[1]

Beseitigt allerdings der Gläubiger die Annahmeverweigerung durch Widerruf, dann genügt ein diesem Widerrufe nachfolgendes wörtliches Angebot nicht; die Sachlage ist vielmehr dann dieselbe wie vor erfolgter Annahmeverweigerung.[2]

Dass ein wörtliches Angebot genügt, wenn es zur Bewirkung der geschuldeten Leistung einer Handlung des Gläubigers bedarf, ist schon durch die Natur derartiger Schuldverhältnisse begründet; denn was sollte, solange der Gläubiger die erforderliche Handlung nicht vorgenommen hat, der Schuldner weiter tun als wörtlich anbieten? Hierher gehören vor allem die Fälle der Holschuld. Die zweite Vorschrift des § 295 ist aber besonders wichtig für die Fälle, in denen der Schuldner nicht erst tätig werden kann, nachdem der Gläubiger die Handlung vorgenommen hat, sondern wenn diese gleichzeitig mit der Tätigkeit des Schuldners erfolgen muss. So insbesondere bei der Verpflichtung zur Übergabe eines Grundstücks, die nur bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile erfolgen kann. Ist hier der Schuldner zur Übergabe bereit und bestimmt er zugleich eine angemessene Zeit für die die Übergabe, so ist, wenn der Gläubiger nicht erscheint, mit einem wörtlichen Angebot völlig erfüllt, was dem Schuldner in solchem Falle zugemutet werden kann.[3]

1) Planck, BGB., II, zu § 295, No. 2.
2) Matthiass, a. a. O.
3) Planck, S. 71, zu § 295, No. 2.

Handelt es sich darum, dass der Schuldner aus einer Gattung von Sachen eine Spezies absondert, um die Obligation auf diese Spezies zu konzentrieren, so muss er diese Absonderung vorgenommen und die abgesonderte Sache dem Gläubiger bereitgestellt haben, damit – auch ohne Annahmetätigkeit des Gläubigers — die Konzentration eintritt, §§ 279, 243 BGB.; ebenso bei Alternativobligationen, bei denen allerdings eine Konzentration durch einfache Willenserklärung gegenüber dem Gegner, also durch eine einseitige Rechtshandlung erfolgen kann, § 263 BGB.; auch hier tritt die Konzentration mit ihren Folgen erst mit der Erklärung ein.[1]

Dem wörtlichen Angebote der Leistung steht, wie es im § 295 BGB. weiter heisst, die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen. Unter allen Umständen ist aber auch in den Fällen des wörtlichen Angebotes oder der Aufforderung in Gemässheit des § 295, 2 zur Wirksamkeit des Angebotes erforderlich, dass der Schuldner in dem Zeitpunkte, in welchem er anbietet, auch wirklich in der Lage ist, die Leistung zu bewirken. In einer diesbezüglichen Entscheidung des Kammergerichts vom 20. Juni 1901[2] ist zugleich gesagt, dass eine ungünstigere Gestaltung der Preisverhältnisse infolge Verzugs des einen Teiles für den anderen noch nicht den Fall ergiebt, dass die Erfüllung des Vertrages kein Interresse mehr für ihn

1) cf. hierzu die Entscheidung des Reichsgerichts vom 21. Februar 1899, Entsch RG. Bd. 43, S. 104.

2) cf. Rechtspr. d. OLG. Bd. 4, S. 19.

hat, und zwar umsoweniger, da er Schadensersatz beanspruchen kann neben der Erfüllung. Erforderlich wäre vielmehr, dass durch den Verzug ein vom nicht säumigen Teile mit dem Vertragsschlusse erfolgender bestimmter Zweck vereitelt wurde. Der ungerechtfertigte Rücktritt des Käufers erübrigt nicht das wenigstens wörtliche Angebot der Ware und die Fristsetzung, um Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern zu können. — Die Verbindung der den Gläubiger in Verzug setzenden Handlung (Aufforderung gemäss § 295, 2) mit der Friststellung ist zulässig.[1]

Verweigert der Gläubiger die Annahme der Leistung, so genügt nach einer Entscheidung des Reichsgerichts vom 4. Februar 1902[2] nicht das vorhergehende, sondern nur das nachfolgende wörtliche Angebot.

Für den Fall einer — schon oben erwähnten — unrechtmässigen Entlassung eines Dienstpflichtigen ist dieser nach einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Marienwerder vom 8. April 1902[3] nicht verbunden, zur Wahrung seiner Ansprüche gegen den Dienstherrn diesem seine Dienste wörtlich anzubieten.

Weil selbst ein bloss wörtliches Angebot oft eine unbillige Erschwerung für den Schuldner bedeutet, wird die Bestimmung des § 295 BGB. durch das

---

1) cf. Entsch. des OLG. Posen v. 8. Juni 1903. (Recht, 1903, S. 399).

2) cf. Juristische Wochenschrift 1902, Beilage S. 197.

3) cf. Recht, 1902, S. 433.

Gesetz selbst sehr eingeschränkt. Es bedarf nach nach § 296 BGB.[1] nicht einmal eines wörtlichen Angebotes, wenn die Tätigkeit des Gläubigers nach dem Kalender bestimmt ist, ganz gleich, ob durch blossen Vertrag oder durch Vertrag und Kündigung.

So kommt der Käufer, wenn ein innerhalb kalendermässig bestimmter Frist vorzunehmender Abruf der nach einer begrenzten oder angemessenen Zwischenzeit zu liefernden Waren nicht erfolgt, ohne jedes Angebot durch seine Säumigkeit im Abrufe mit Ablauf der Frist von selbst in Annahmeverzug. Unterbleibt ein o h n e kalendermässig für den Käufer vereinbarte Frist vorzunehmender Abruf, so bedarf es entweder des tatsächlichen Angebots der Ware oder der Aufforderung zur Abrufung, um den Annahmeverzug des Käufers herbeizuführen.[2]

Die Regel über das notwendige Angebot erleidet daher folgende Ausnahmen:

Hat der Schuldner die Möglichkeit, die Leistung zu bewirken, der Gläubiger ihm aber erklärt, dieselbe nicht nicht annehmen zu wollen, so ist ein tatsächliches Angebot nicht erforderlich. Voraussetzung jedoch ist, dass der Schuldner z. Z. des Angebotes auch wirklich im stande ist, zu erfüllen,

---

1) „Ist für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so bedarf es des Angebots nur, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt. Das Gleiche gilt, wenn der Handlung eine Kündigung vorherzugehen hat und die Zeit für die Handlung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen lässt.

2) cf. Entsch. des OLG. Breslau, II. C. L., vom 8. Juni 1903 (Recht 1903, No. 13, S. 338).

da ohne tatsächliche Bereitschaft ein Angebot zwecklos ist. Dementsprechend lautet § 297 BGB.:

„Der Gläubiger kommt nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebotes oder im Falle des § 296[1] zu der für die Handlung dee Gläubigers bestimmten Zeit ausser Stande ist, dis Leistung zu bewirken".

Der Zeitpunkt des Angebotes ist hier der allein massgebende; in diesem Zeitpunkte muss der Schuldner leistungsbereit sein.

In den Fällen, wo ein Angebot nicht erforderlich ist, kommt der Zeitpunkt in Betracht, in welchem der Gläubiger seine Mitwirkungstätigkeit eintreten lassen muss.[2]

Von praktischer Bedeutung ist die Vorschrift des § 297 besonders für die Fälle, in denen der Schuldner dem Gläubiger eine bewegliche Sache zu überbringen hat, oder eine Handlung an einem bestimmten Orte vorzunehmen ist. In solchen Fällen wäre es unbillig, vom Schuldner ein reales Angebot zu fordern, und ihm so eine Handlung aufzuerlegen, welche meist weitere Aufwendungen erheischen und im Interesse keines Teiles liegen würde.

Nur eines Verbalangebotes statt eines realen, und gar keines Angebotes statt eines verbalen

1) § 296 BGB.: „Ist für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so bedarf es des Angebotes nur, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt. Das Gleiche gilt, wenn der Handlung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Handlung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen lässt."

1) Diesen Standpunkt vertritt auch Rosenberg, S. 164 fg.

bedarf es ferner in den Fällen, wo die Annahme seitens des Gläubigers unmöglich ist. So ist kein Realangebot erforderlich, wenn der Gläubiger abwesend ist und keinen Vertreter zurückgelassen hat. Hirsch[1] vertritt die Ansicht, dass im Falle der Abwesenheit des Gläubigers ohne Bestellung eines Vertreters ein Angebot seitens des Schuldners überhaupt nicht möglich sei; der Schuldner sei hier auf den Weg der Hinterlegung und nötigenfalls auf den des Selbsthülfeverkaufes angewiesen.

Nach Munk[2] ist im Falle der Realoblation ein Angebot und ein Gläubigerverzug unmöglich; dagegen müsse bei der Verbaloblation das Angebot durch öffentliche Zustellung nach Massgabe des § 132, Abs. 2 BGB. erfolgen.

Treffend bemerkt Kohler,[3] man könne nur da angehalten sein, anzubieten, wo der andere Teil anzunehmen vermag. Ist der Gläubiger abwesend, ohne einen Vertreter zurückgelassen zu haben, so ist ein Realangebot geradezu unmöglich.

Anders liegt der Fall, wenn die Ungewissheit bezüglich des Gläubigers lediglich eine subjektive ist. Hier kann der Schuldner, um sich zu helfen, sich der öffentlichen Zustellung als Erfüllungssurrogat bedienen gemäss § 132 BGB.; oder er kann zur Hinterlegung gemäss § 372 BGB. oder zum Aufgebotverfahren gemäss §§ 1171, 1970, 2061 BGB. seine Zuflucht nehmen. Ein Verzug des Gläubigers

1) S. 253.
2) S. 64.
3) Zwölf Studien zum BGB., S. 159.

liegt in solchem Falle jedoch nicht vor. Wählt der Schuldner den Weg der öffentlichen Zustellung, so gilt das Angebot als an dem Tage zugestellt, an dem seit der letzten Einrückung des Auszuges des das Angebot enthaltenden Schriftstückes in die öffentlichen Blätter ein Monat verstrichen ist.[1]

Zuständig ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Gläubiger den letzten Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes den letzten Aufenthalt hatte.[2]

Das Prinzip eines notwendigen Angebotes wird aber auch für den Fall durchbrochen, dass das Angebot des Schuldners unmöglich ist, nicht die Annahmetätigkeit des Gläubigers. Ein solcher Fall kann eintreten, wenn der Inhaber eines Inhaber- oder Ordrepapiers dasselbe nicht zur Zahlung präsentiert und so den Schuldner in Angebotsunmöglichkeit versetzt; denn dieser kann nur dem anbieten, dem er zahlen kann; zahlen aber kann er nur dem Präsentanten. In solchem Falle ist allerdings meist schon an und für sich die Notwendigkeit des Angebotes ausgeschlossen, — des Realangebotes, weil der Gläubiger durch Präsentation die Leistung ermöglichen muss, des Verbalangebotes, weil die Präsentation zu einer bestimmten Kalenderzeit erfolgen soll. Doch ist die Sachlage eine andere beim Sichtwechsel, welcher innerhalb 2 Jahren jederzeit durch Vorlegung fällig werden kann, jedenfalls aber mit Ablauf der 2 Jahre fällig wird. Gilt hier

1) cf. ZPO. § 206.
2) cf. BGB. § 132, Abs. 2.

der Wechsel als fällig, so kann der Akzeptant den Betrag hinterlegen.[1]

Neben einer Unmöglichkeit der Annahme kann auch zugleich eine Unmöglichkeit der Leistung bestehen, z. B. beim Dienst- und Werkvertrag. Ein solcher Fall läge vor, wenn jemand eine Leistung in einer Fabrik übernommen hat, welche mit Hülfe der Fabrikeinrichtungen geschehen soll, und die Fabrik brennt vorher nieder. Dann ist der Leistungsverpflichtete in der objektiven Unmöglichkeit, zu leisten, und der Fabrikherr in der gleichen Unmöglichkeit, die Leistung anzunehmen. Hier kommt der Gläubiger in Verzug, denn er kann dem Schuldner nicht die Unmöglichkeit der Leistung entgegenhalten, die zuerst ihn und per consequens den Schuldner trifft.

Es bleibt noch die Frage zu erörtern, wie das Angebot zu erfolgen hat, wenn der Schuldner mehreren Gläubigern so gegenübersteht, dass er nur an alle gemeinschaftlich leisten kann, z. B. im Falle des § 432 BGB., wenn der Schuldner mehreren, die nicht Gesamtgläubiger sind, eine unteilbare Leistung schuldet. Ferner im Falle des § 1281 BGB., wenn der Gläubiger sein Forderungsrecht an einen Dritten verpfändet hat, und ebenso im Falle des § 2039 BGB., wenn der Gläubiger von mehreren Personen beerbt wird. Hier bedarf es keines Realangebotes, sondern der Schuldner braucht nur wörtlich anzubieten.

---

1) cf. Art. 40 W.O.; Kohler, 12 Stud. S. 160.

Erwähnt sei noch der Standpunkt, den Hirsch[1] hinsichtlich des Real- und Verbalangebotes nach BGB. einnimmt. Er geht davon ans, dass das BGB. das tatsächliche Angebot anscheinend als Regel und das wörtliche als Ausnahme hinstellt, und gelangt zu dem Resultat, dass das wörtliche Angebot eigentlich das plus, das tatsächliche Angebot dagegen das minus ist. Diese Ansicht hat ihren Grund darin, dass Hirsch das tatsächliche Angebot bei Bringschulden nicht als Oblation, sondern als Teil der Leistungsbereitschaft betrachtet und nur das Verbalangebot allein als Oblation ansieht, die in Ausnahmefällen als Mahnung zur Leistungsbereitschaft hinzutritt. Es genügt dieser Auffassung entgegenzuhalten, dass sie das Wesen der Oblation völlig verkennt, die nichts mit einer Mahuung gemein hat.

Nicht in die Lehre vom Gläubigerverzuge gehört eine Erörterung der Frage, was dem Gläubiger anzubieten ist, zu welcher Zeit und an welchem Orte die Oblation zu geschehen hat; denn auf diese Fragen finden nicht besondere den Verzug betreffende Regeln, sondern die allgemeinen Vorschriften über die Erfüllung der Obligationen Anwendung.

II. Auf seiten des Gläubigers.
Unterlassen der erforderlichen Mitwirkung zur Lösung des Schuldverhältnisses.

Zur Begründung der mora accipiendi wird auf seiten des Gläubigers vorausgesetzt, dass dieser die

1) S. 246 fg.

seinerseits erforderliche Mitwirkung zur Lösung des iuris vinculum unterlässt. Dies Unterlassen der Mitwirkung liegt nun nicht nur in solchen Fällen vor, wo der Gläubiger die Leistung nicht in Empfang nimmt; der Begriff des Annahmeverzuges ist weiter zu fassen. Auch dann nimmt der Gläubiger eine Leistung nicht an, wenn er es unterlässt, dasjenige zu tun, was von seiner Seite zu geschehen hat, damit die Leistung in obligationsmässiger Weise geschehen kann. So muss der Bauherr dem Architekten den Baugrund zur Verfügung stellen, der Fahrgast den Wagen besteigen.

Das Erfordernis der Mitwirkung des Gläubigers fällt naturgemäss für solche Obligationen, die zu ihrer Erfüllung keiner Mitwirkung desselben bedürfen, so bei gewissen Mandatsverhältnissen, bei der Geschäftsführung, bis zu einem gewissen Grade — der Rechnungslegung — auch bei der negotiorum gestio. Hierzu sind auch solche Fälle zu rechnen, in denen die Leistung nahezu perfiziert ist, aber, wie z. B. bei der Eigentumsübertragung an Waren, die zur Absendung der Post oder dem Transporteur übergeben sind, ihr letztes Ziel, — den Eigentumsübergang — noch nicht erreicht haben.[1] Ein solcher Fall läge folgendermassen: Der Käufer hat, statt selbst sich am Erfüllungsorte einzufinden, erklärt, dass ihm der Verkäufer die Ware auf seine — Käufers — Kosten vom Erfüllungsorte aus zusenden solle; dies muss

1) cf. Ihering in s. Jahrb. Bd. IV, S. 418 fg.; Reatz, Lehre vom Erfüllungsort S. 69; Stahl in Goldschmidts Zeitschr. Bd. XVIII, S. 384.

sich der Verkäufer nach l. 12 § 1 D. depos. 16, 3, l. 11 § 1 D. ad. exhib. 10, 4 gefallen lassen, doch darf seine Rechtsstellung dadurch nicht verschlechter werden. Daher ist von nun an die Gefahr vom Käufer zu tragen; es ist überhaupt der Verkäufer so zu behandeln, als ob die Erfüllung mit der Aufgabe zum Transport stattgefunden hätte, da eine Verlegung des Erfüllungsmomentes auf eine andere Zeit oder auf einen anderen Ort die vertragsmässige Situation des Verkäufers verschlechtern würde.

Gegenstand lebhafter Kontroversen war für das gemeine Recht die Frage, ob das Unterlassen der Mitwirkung des Gläubigers, insbesondere die Nichtannahme der rite offerierten Leistung, unter allen Umständen eine mora accipiendi begründe, oder ob ein subjektives Moment auf seiten des Gläubigers hinzukommen müsse, speziell, ob die Nichtannahme eine culpa des Gläubigers voraussetze.

Eine solche culpa kann nur aus der Verletzung eines Rechtes des Schuldners auf Annahme oder eine anderweitige Mitwirkung des Gläubigers resultieren. Dies führt zu der Frage, ob ein solches Recht des Schuldners anzunehmen ist, — einer Frage, deren Erörterung genau genommen nicht in die mora-Lehre gehört, hier aber besonders praktisch wird. Die älteren Schriftsteller behandeln diese Frage nicht. Erst im Anfange des 19. Jahrhunderts führte Schoemann[1] dieselbe in die Literatur ein. Es folgten

1) Schoemann, Lehre vom Schadensersatze, 1806, Teil II, S. 12 ff.

v. Madai[1] und Wolff.[2] Diese konstruieren einen völligen Parallelismus zwischen der mora solvendi und der mora accipiendi: kommt der Schuldner nur in Verzug, wenn ihm eine culpa zur Last fällt, so gerät auch der Gläubiger nur in Verzug, wenn ihn ein Verschulden bei der Nichtannahme der Leistung trifft, und hat der Gläubiger ein Recht auf Leistung, so hat der Schuldner ein Recht auf Annahme; der Gläubiger, welcher nicht annimmt, muss sich entschuldigen können.

Gestützt wird diese Ansicht auf l. 72 pr. D. de solut. 46, 3 Marcellus: . . . . . „sine iusta causa accipere rehusavit;"

l. 7 D. „de usur. 22, 1 Papinianus: . . . . . si accipere noluisset;"

l. 73 D. de VO. 45, 1 Paulus: . . . . . „si pecuniam oblatam accipere noluit;"

l. 17 D. de pec. const. 13, 5 Paulus: . . . . „nec actor accipere noluit, nec ulla iusta causa fuit non accipiendi."

Madai folgert: Der Gläubiger muss auch haben wollen können, d. h. das Nichtwollen muss ihm als eine Schuld zur Last gelegt werden dürfen. Nach ihm gilt auch für den Gläubiger, was Ulpian in l. 21 pr. D. de usur. 22, 1 zunächst für den Schuldner sagt: „non omne, quod differendi causa optima ratione fiat morae adnumerandum", dem Paulus hinzufügt (l. 22 D. eod.): „si modo id ipsum non fraudandi causa simuletur", wonach nur die-

1) § 36.
2) § 35.

jenigen Entschuldigungsgründe den Gläubiger vor den Folgen der mora accipiendi bewahren, die dem Schuldner zur Abwehr der mora solvendi zur Seite stehen.

Dernburg[1] legt entscheidendes Gewicht auf l. 72 pr. D. de solut. 46, 3 und l. 37 D. mand. 17, 1. Die erstere Stelle lautet vollständig: „Qui decem debet, si ea obtulerit creditori et ille sine iusta causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri, quamquam aliquando interpellatus non solverit: etenim non est aequum teneri pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset, quare pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse, et sane si servus erat in dote eumque obtulit maritus et is servus decessit, aut nummos obtulit eosque non accipiente muliere perdiderit, ipso iure desinet teneri."

In der zweiten sagt Africanus: . . . . . „nisi forte aut per promissorem steterit, quominus sua die solveret, aut per creditorem, quominus acciperet: etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet."

Hieraus wird die Folgerung gezogen, dass die mora solvendi und accipiendi völlig analoge Institute seien, denn Africanus gebrauche den Ausdruck „frustratio", der bei der mora solvendi als „schuldhafte Verzögerung" auftritt, ebenfalls bei der mora accipiendi, und auch Paulus stelle die beiden Institute als entsprechend nebeneinander in l. 56 pr. D. de iure dot. 23, 3:

1) Pand. § 43,3.

„Si is qui Stichum mulieri debet in dotem delegatus sit es antequam solveret debitor, Stichus decesserit, cum neque per debitorem stetisset quominus solveret, neque maritus in agendo moram fecisset: periculo mulieris Stichus morietur: quamquam etiamsi moram maritus fecerit in exigendo, si tamen etiam apud maritum moriturus Stichus fuerit, actione dotis maritus non teneatur."

Auf dieses Beispiel des Africanus beruft sich auch v. Schey.[1] Nach seiner Meinung sind in dieser Stelle beide Arten der mora nicht nur als offenbar gleichartig nebeneinander gestellt, sondern gerade der Verzug des Schuldners, für welchen man Erfordernis der culpa allgemein anerkenne, werde mit eben dem Ausdruck „si per debitorem stetisset quominus solveret" bezeichnet, den man für suspekt erkläre, wo er für die mora accipiendi Anwendung finde. Auch verweist v. Schey auf nov. 91 c. 2, die das Verschulden als Voraussetzung der mora accipiendi direkt erwähne, da dort der Verzug des Ehemannes in Betreff der Annahme der ihm gebührenden Dos geradezu „culpa viri" genannt werde

Einen Hauptstützpunkt glauben die Anhänger der Lehre von der culpa des Gläubigers als Voraussetzung der mora accipiendi jedoch in der l. 9 D. de act. empti vend. 19, 1 zu finden, wo es heisst: „si quis lapides ex fundo emerit. tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut tollat."

1) S. 79 ff.

Dass diese Stelle für das Erfordernis einer culpa auf seiten des Gläubigers ebensowenig beweist wie die vorher genannten, wird unten erwiesen werden; hier sei zuvor noch die Ansicht Windscheid's[1] angeführt, der — obgleich ebenfalls Anhänger der culpa-Theorie — zugibt, dass die Quellen für das Erfordernis des Verschuldens ein unzweifelhaftes Resultat nicht ergeben. Als entscheidend müsse nach ihm angesehen werden, dass der Verzug für den Gläubiger Nachteile zur Folge hat, Nachteile aber einem Unschuldigen nicht auferlegt werden dürfen, und kommt so zu demselben Resultat: die mora accipiendi setze eine culpose Nichtannahme voraus. Ein Recht auf Annahme stehe dem Schuldner zwar nicht zu, wohl aber ein Interesse, denn die Nichtannahme habe Nachteile für ihn, die auf den schuldigen Teil übertragen werden müssten. — Diese Argumentation Windscheids, dass Nachteile im Zweifel nur den Schuldigen treffen, wäre nur richtig, wenn von einer Pflicht des Gläubigers zur Annahme gesprochen werden könnte; dass aber eine solche nicht besteht, gesteht Windscheid selbst zu.

Culpa des Gläubigers ist entgegen der herrschenden gemeinrechtlichen Doktrin nicht Voraussetzung der mora accipiendi.[2] Ein umfangreiches

---

1) Pand. § 345,3.

2) Diese Ansicht wird geteilt von Schoemann II, S. 15 fg.; Schilling i. d. Leipz. krit. Jahrb. III S. 221 fg.; Fritz, Erläut. Heft III, S. 357; Sintenis, Zivilr. II § 93 Note 50 a. E. u. Note 125; Kohler in Iherings Jahrb. Bd. XVII S. 409 ff.; Hirsch S. 215 ff.

Quellenmaterial steht zum Beweise dieser Behauptung zur Verfügung.

Zunächst spricht die bereits oben zitierte l. 3 § 4 de act. empti 19, 1: „Mora autem (emptoris) videtur" etc. ebensowenig wie von der Voraussetzung einer Oblation seitens des Schuldners von der Voraussetzung einer culpa auf seiten des Gläubigers. Der Einwand Mommsens,[1] dass Pomponius in dieser Stelle die Vorraussetzungen der mora keineswegs habe erschöpfend bezeichnen wollen, ist ganz willkürlich und bedeutungslos.

Können ferner die Quellen deutlicher sprechen als in l. 18 pr. D. de pec. const 13, 5, wo Ulpianus l. 27 ad Edictum sagt: „Item illa verba praetoris neque per actorem stetisse eandem recipiunt dubitationem. Et Pomponius dubitat, si forte ad diem constituti per actorem non steterit, ante stetit vel postea? Et puto, et haec ad diem constituti referenda: proinde si valetudine impeditus aut vi aut tempestate petitor non venit, ipsi nocere Pomponius scribit." Die actio de pecunia erwächst nicht, wenn der Schuldner zwar nicht erfüllte, die Nichterfüllung aber dadurch veranlasst war, dass der Gläubiger nicht mitwirkte, aus einem unentschuldbaren oder einem entschuldbaren Grunde.

Ferner heisst es in l. 72 pr. D. de sol. 46, 3: . . . . . „non aequum est teneri (debitorem) pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset." Selbst v. Schey[1] als Gegner giebt zu,

1) S. 164.
1) S. 78.

dass diese Stelle einen direkten Belag für das Requisit des Verschuldens nicht liefert. In der Tat bietet dieselbe gar keinen Anhalt zu Gunsten der culpa-Theorie. Das „si ille sine iusta causa ea accipere recusavit" in der zitierten Stelle heisst: hat der Gläubiger ohne objektiven Rechtfertigungsgrund die Annahme verweigert, so soll der Schuldner unter der Nichtannahme nicht leiden, denn dies wäre iniquum, d. h. dem inneren Wesen des Rechtsverhältnisses widersprechend.

Noch klarer reden die Stellen, welche die mora accipiendi damit bezeichnen, dass „per debitorem mora non esset, quominus id quod debebat solveret", l. 105 D. de VO. 45, 1 zu vergleichen mit l. 19 § 9, l. 38 pr. D. locati 19, 2, l. 9 C de usur. 4, 32. Darauf kommt es an, dass der Hinderungsgrund nicht beim Schuldner liegt, dass dieser also leistungsbereit ist. Für eine subjektive Voraussetzung in der Person des Gläubigers jedoch beweisen diese Stellen nichts.

Unterstützt wird unsere Theorie auch durch l. 9 § 1 D. de solut. 46, 3; l. 1 pr. D. de migrando 43, 32; l. 36 D. locat. 19, 2; l. 16 § 2 D. de pecun. const. 13, 5; l. 5 D. de peric. 18. 6; l. 12 C. de act. pign. 4, 24; l. 3 C. de luit. pign. 8, 30. Ihren Kommentar erhalten diese Stellen aus der oben zitierten l. 18 pr. D. de pecun. const. 13, 5, die zeigt, dass es zu dem per creditorem stat quominus auch gehört, wenn der creditor valetudine impeditus aut vi aut tempestate non venit.

Der Versuch v. Schey's,[1] dieser Stelle ihre

1) S. 76 fg.

Bedeutung zu nehmen, lässt unbefriedigt. Der genannte Schriftsteller deduziert, Ulpian habe das zitierte Beispiel nicht als eine Entscheidung für die mora accipiendi gedacht, die im technischen Sinne beim constitutum garnicht möglich war, sondern als Erläuterung der speziell für die actio constitutae pecuniae geltenden Ediktsklausel.[1] Die Entscheidung Ulpians, dass der Gläubiger auch dann der actio pecuniae constitutae verlustig gehe, wenn er die allertriftigsten Gründe zur Entschuldigung der Nichtannahme habe, dürfe nicht auf alle Wirkungen der mora accipiendi erstreckt werden. Ulpianus Entscheidung tangiere einzig das constitutum, dessen Eigenart als Institut zur Sicherung der Solution einer Schuld zu einer bestimmten Zeit — v. Schey nennt es ein Fixgeschäft der klassischen Zeit — auch entsprechende Berücksichtigung verlange. Die Bedeutung des Termins liege darin, dass seine Nichtinnehaltung die schuldnerische Leistung überhaupt unmöglich machte. Der Ausdruck „neque per actorem stetit quominus fieret" falle hier nicht ins Gewicht, da der gleiche Ausdruck sich an anderen Stellen ebenso häufig auf die völlige Verhinderung oder Unterlassung der Leistung als auf die blosse Verzögerung beziehe. Für unsere Lehre beweise die in Rede stehende Stelle schon deshalb nichts, weil sie zuviel bewiese, denn sie stelle als Wirkung der angeblichen mora accipiendi den Verlust der Klage hin, eine Wirkung,

1) In der Ediktsklausel heisst es: „si appareat eum qui constituit neque solvere neque fecisse neque per actorem stetit, quominus fierit quod constitutum est."

welche man doch wohl nicht aus den Prinzipien werde ableiten wollen, welche den Gläubigerverzug beherrschen.

Diese Folgerung v. Schey's ist ein Fehlargument, denn hier steht doch nicht der Verlust des Hauptrechtes, sondern der Verlust der aus dem constitutum hervorgegangenen besonderen Rechte in Frage, etwa wie wenn infolge des Gläubigerverzuges das Recht auf die Konventionalstrafe oder auf die actio hypothecaria nicht eintritt. Es handelt sich nicht um eine Interpretation der Worte des Edikts, sondern um diese selbst. Dass das constitutum einen anderen Zweck gehabt habe, als den Schuldner zu schützen, falls die Leistung infolge eines in der Person des Gläubigers liegenden Umstandes nicht erfolgen konnte, ist nicht anzunehmen.

Wenn Kohler[1] bezüglich der Ansicht v. Schey's: das constitutum sei ein Fixgeschäft der klassischen Zeit, sagt, dieser stelle die „neue Idee" auf, beim Fixgeschäft könne überhaupt von einer mora im technischen Sinne nicht die Rede sein — als ob eine Verzögerung, welche zugleich die Unmöglichkeit der Obligation bewirkt, nicht erst recht eine Verzögerung wäre! — so ist dagegen nur einzuwenden, dass vor v. Schey schon Mommsen[2] die nicht zutreffende Meinung vertreten hat, dass bei Obligationen, welche die Leistung in der Weise an eine bestimmte Zeit binden, dass eine Erfüllung zu einer späteren Zeit ausgeschlossen ist,

1) Zwölf Studien zum BGB. S. 119.
2) S. 138.

jede Nichtannahme den Charakter einer völligen Verhinderung der Leistung an sich trägt, und das für solche Fälle die allgemeinen Grundsätze über die kasuelle Unmöglichkeit der Leistung ausreichen

Für unsere Theorie sprechen auch:

l. 23 § 1 D. de receptis 4,8;
l. 9 § 1 D. de usur. 22,1;[2]
l. 4 § 4 D. de lege comm. 18,3;
l. 8 D. de naut. foenere 22,2;
l. 40 D. de recept. qui arbitr. 4,8;
l. 30 pr. D. de usu et usufr. 33,2.

Die drei erstgenannten Stellen zeigen, dass weder Konventionalstrafe noch lex commissoria verwirkt ist, sofern die Nichterfüllung an dem Gläubiger selbst, sei es auch nur infolge eines nicht auf seinen Willen zurückzuführenden Umstandes, gelegen hat.

In l. 8 D. de naut. foenere 22,2 schreibt Ulpian: „Servius ait pecuniae traiecticiae poenam peti non posse, si per creditorem stetisset, quominus eam intra certum tempus praestitutum accipiat"; in l. 40 D. de recept. qui arbitr. 4,8 Pomponius: „Servius ait, si per stipulatorem stet, quominus accipiat, non committi poenam". Auch hier wird dargetan, dass es auf ein Verschulden des Gläubigers nicht ankommt; nur solle das Verhalten des Gläubigers nicht dem Schuldner, der seiner Verpflichtung genügt, Schaden bringen.

---

2) cf. auch l. 1 § 3 D. de eo per quem fact. 2,10.

Labeo sagt in l. 30 pr. D. de usu et usufr. 33,2: „idem fieri et si per mulierem mora fieret, quominus satis acciperet".

Es ist hier von einem Niessbrauch die Rede, welcher der Frau so lange zusteht, bis sie für die ganze Mitgift Sicherheit gestellt ist; der geschuldete Niessbrauch ist einer Konventionalstrafe vergleichbar, welche für die Verzögerung zu leisten ist.

Indirekt beweist auch l. 113 pr. D. de VO. 45,1 das Nichterfordernis einer culpa seitens des Gläubigers. Es heisst dort: „aut si hoc falsum est, etiam si stipulator pridie kalendas Junias mortuus esset, poena commissa non esset, quoniam mortuus arbitrari non potuisset et aliquod tempus post mortem eius operi perficiendo superfuisset".

Die Vertragsstrafe wäre nicht verfallen, wenn der Unternehmer zur rechtzeitigen Leitung bereit gewesen, eine Verzögerung in der approbatio aber dadurch eingetreten wäre, dass der Besteller einen Tag vor dem Approbationstage starb. Anders, wenn es schon am Sterbetage des Bestellers festsstand, dass das Werk bis zum Approbationstage nicht würde fertiggestellt werden können.

Bezüglich der lex commissoria sagt Labeo in l. 51 § 1 D. de act. empti vend. 19,1: „quod si fundum emisti ea lego uti des pecuniam kalendis Juliis, et si ipsis kalennis per venditorem esset factum, quominus pecunia ei solveretur deinde per te staret quominus solveres, uti posse adversus te lege sua venditorem dixi, quia in vendendo hoc abgeretur, ut, quandoque per emptorem factum sit,

quominus pecuniam solvat, legis poenam patiatur".

Die Entscheidung geht davon aus, dass hier die Rechtsfolge der Verwirkung nicht eintrete. Liegt auf seiten des Gläubigers eine auch unverschuldete Verzögerung vor, so deduziert auch Marcellus in l. 4 § 4 D. de lege comm. 18,3: „quod si non habet cui offerat, posse esse securum", und auch Scaevola hebt in l. 6 pr. eod. hervor: „si per emptorem factum sit, quominus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemptos fore et id, quod arrae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum".

Es ist darum völlig unrichtig, sagt auch Kohler,[1] wenn man die l. 18 pr. D. de const. pec. 13,5 als Beweismittel unserer Lehre verwerfen wollte. Bereits beim constitutum hatte der Prätor in die Formel die Worte aufgenommen: neque per actorem stetisse quominus etc., ebenso wie sich diese sicher in der actio Serviana fand;[2] sie waren nur der Ausdruck des Gedankens, der sich bei der Konventionalstrafe und der lex commissoria in in gleicher Weise entwickelte, dass nämlich keinerlei ungünstige Folgen der Nichterfüllung den Schuldner treffen sollen, wenn die Erfüllung an der Person des Gläubigers scheitert; eines Gedankens, der in die älteste, lebenskräftigste Periode des wissenschaftlich entwickelten römischen Rechts zurückgeht. Nur eine Wiederholung dessen, was ältere Juristen

1) Zwölf Studien zum BGB. S. 118.
2) cf. l. 19 § 2 D. de usur. 22,1.

für ähnliche Situationen ausgesprochen hatten, ist es wenn Pomponius zu dem per actorem stetisse in l. 18 pr. D. de pec. const. 18,3 die Bemerkung macht: „proinde si valetudine impeditus aut vi aut tempestate petitor non venit, ipsi nocere".

Grundprinzip ist demnach, dass für den erfüllungsbereiten Schuldner jede Nichtmitwirkung des Gläubigers, die zur Lösung des Obligationsnexus erforderlich ist, unschädlich bleiben muss.

Wenn Windscheid[1] sagt, auch der Gläubiger dürfe nicht leiden, wenn er schuldlos ist, so ist dem entgegenzuhalten, dass es doch nur gerecht ist, wenn ein jeder, der ein ihm zustehendes Vermögensrecht nicht ausübt, den daraus entspringenden Schaden in Kauf zu nehmen hat; die Annahme der Leistung seitens des Gläubigers ist nichts anderes als eine Ausübung des Vermögensrechtes — Vermögensrecht natürlich in dem weiteren Sinne genommen, der auch das Obligationsrecht in sich schliesst. Es ist nur gerecht, dass derjenige, welcher nicht in der Lage ist, etwas was ihm obligationsgemäss dargebracht wird, anzunehmen, auch die Folge davon tragen muss.

Das wollen die Vertreter der culpa-Theorie allerdings nicht gelten lassen; doch beruht deren Gegenmeinung überwiegend auf einer unzutreffenden Interpretation des von ihnen herangezogenen Quellenmaterials.

So ist gegen die l 72 D. de solut. 46,3 und l. 37 D. mand 17,1 anzuführen, dass in der ersteren

1) Pand. § 345.

der Ausdruck „si . . . . sine iusta iusta causa ea accipere recusavit“ verkannt wird.

Es sei hier auf l. 39 D. eod. hingewiesen, wo Africanus den Ausdruck ex aliqua causa gebraucht und zu seiner Erläuterung sagt: „quid enim, si inopportuno tempore vel loco obtulerim“? In diesem Falle lehnt aber der Gläubiger mit Recht ab.

Der Verwendung der l. 72 D. de solut. 46,3 hat schon Mommsen[1] entgegengehalten, dass durch die Worte „sine iusta causa“ zweifellos nichts anderes ausgedrückt wird, als dass die Verweigerung der Annahme nur dann geeignet sei, eine mora zu begründen, wenn sie nicht in der mangelhaften Beschaffenheit der Oblation ihren Grund und ihre Rechtfertigung habe. Auch hier wird auf l. 39 D. de solut. 46,3 verwiesen, wonach eine bestimmte Folge der mora accipiendi, — der Übergang der Gefahr auf denselben, — nicht immer eintrete, wenn der Gläubiger aus irgend einem Grunde nicht habe annehmen wollen; doch bezögen sich die Beispiele, durch welche dieser Satz erläutert wird, nur auf Fälle einer mangelhaften Oblation.

Was die l. 37 D. mand. 17,1 betrifft, so ist „frustratio“ hier nicht in dem Sinne einer nachlässigen, saumseligen Verzögerung zu verstehen, wie dieser Ausdruck regelmässig in den Quellen gebraucht wird. Der römische Jurist hat hier, wohl veranlasst durch die Heranziehung der in erster Linie erwähnten mora debitoris, einen Ausdruck gewählt,

1) S. 163; auch Hirsch S. 222.

der, während er den Verzug des Schuldners treffend charakterisiert, hinsichtlich des Gläubigerverzuges nur einen besonderen, wichtigen Fall hervorhebt. Keinesfalls erscheint, wie auch Hirsch[1] richtig bemerkt, das Wort „frustratio" in der erwähnten Stelle hinreichend wichtig und bedeutend, um hieraus allein die Richtigkeit der eine culpa auf seiten des Gläubigers als Voraussetzung der mora erfordernden Lehre zu folgen, und ebensowenig kann die Parallelisierung der mora accipiendi mit der mora solvendi in dem genannten Fragment allein bestimmend erscheinen, und zwar dies um so weniger, als wir im übrigen, soweit wir sehen, eine Gleichstellung des Gläubiger- und des Schuldnerverzuges, die nur im entferntesten für die hier erörterten Frage Beweiskraft haben könnte, in den Quellen nicht finden.

Was die von Schey für die culpa-Theorie ins Treffen geführte l. 56 pr. D. de iure dot. 23,3 beweisen soll, ist nicht zu ersehen. Es heisst in dieser Stelle, dass, wenn der Gegenstand einer zur Dos gehörigen Forderung durch Zufall untergegangen ist, während welcher der Schuldner sich eines Leistungsverzuges schuldig gemacht hat, noch auch der Gläubiger in der prozessualischen Geltendmachung der Forderung säumig gewesen ist, der Untergang die Ehefrau trifft, und dasselbe soll der Fall sein, wenn der Ehemann die Beitreibung der Forderung verzögert hat, sofern er nur nachzuweisen im stande ist, dass der casus das Objekt auch bei

1) S. 223 fg.

ihm betroffen hätte. Es genügt in der Tat, den Inhalt der Stelle wiederzugeben, um ihre Bedeutungslosigkeit für die hier zu erörternde Frage klarzustellen.

Gegen die Beweiskraft der nov. 91 c. 2 ist einzuwenden, dass das Wort culpa in dem Zusammenhange gar keinen Sinn ergibt. Nicht Verschuldung ist der Grund, weswegen die Frau die dos nicht eingebracht hat, sondern der Mann war die Ursache, dass sie das Heiratsgut nicht eingebracht hat, und aus diesem Grunde wird ihr die donatio propter nuptias zugesprochen. In der neuesten Textausgabe ist auch das Wort „culpam" durch „causam" ersetzt worden.[1]

In der l. 9 D. de act. empti vend. 19,1 handelt es sich nicht nur um eine Berechtigung des Steinverkäufers, die Steine anzunehmen. Die Klage, welche hier dem Verkäufer gegeben wird, hat ihren Grund darin, dass der Käufer auch eine Verpflichtung zur Annahme in diesem speziellen Fall übernommen hat; denn der eigentliche Zweck des Verkaufes war für den Verkäufer, dass die Steine fortgeschafft würden. Den Eigentumserwerb kann der Käufer zurückweisen; die Fortschaffung der Steine jedoch kann er nicht ablehnen, denn dazu ist er auf Grund des in dem in Rede stehenden Kaufvertrage enthaltenen Werkvertrages verpflichtet.[2] Dass dem Verkäufer

1) cf. Corp. iur. civ. Edit. Schöll 1895.

2) Auch Mommsen, S, 134 Anm. 3! Kohler in Iherings Jahrb. Bd. XVII, S. 275; Windscheid, Pand. § 347 teilen diese Ansicht.

die actio venditi gegeben wird, hat seinen Grund darin, dass die Pflicht zur Fortschaffung der Steine sich als eine Nebenleistung neben der Verpflichtung zur Zahlung darstellt, und für solche Nebenleistung giebt es grundsätzlich dieselbe Klage wie für die Hauptleistung, so z. B. l. 79 D. de cont. emt. 18,1: hoc ipsum pretium videtur, quod eo pacto venditi (sunt lapides); l. 21 § 4 de act. empti vend. 19,1; quasi in partem pretii ea res sit.[1]

Unserer Ansicht nahe verwandt, wenngleich nicht mit ihr zusammenfallend, ist die Lehre, nach welcher in der l. 9 cit. zwar nicht eine in dem Kaufvertrage enthaltene Nebenabmachung vorliegt, wohl aber ein zum mindesten zu der Zeit, welche für die Erfüllung des Kaufgeschäfts in Betracht kommt, vorhandenes Interesse des Käufers an der Abnahme als Voraussetzung der Klage auf Abnahme erforderlich ist.[2]

Diese Lehre hat in der Judikatur viele Anhänger gefunden, und dieser Umstand gibt ihr Bedeutung.

Nicht zu billigen aber ist die Meinung Hirsch's, der deduziert, dass der Jurist ein so wesentliches Tatbestandsmoment wie die ausdrückliche Verabredung der Räumung gewiss hervorgehoben haben würde, wenn es für die Entscheidung darauf ankäme. — Wenn auch eine ausdrückliche Erklärung betreffs

---

1) cf. auch l. 6 § 1 D. de act. emt. vend. 19,1: agam ex vendito ut reficias; l. 6 § 2 eod: ut aedifices agere me posse ex vendito: l. 19 (18) pr. D. de peric. 18,6: super pretium; l. 13 pr. D. de pign. act. 13,7; Fels, S. 3 und 49.

2) cf. Sintenis, Zivilrecht II, § 116 Nr. IV A.

der Fortschaffung der Steine fehlt, so muss doch eine stillschweigend übernommene Verpflichtung zum mindesten dann als vorliegend zu erachten sein, wenn bei Abschluss des Vertrages ein Interesse des Verkäufers an der Abnahme bestand und für den anderen Teil erkennbar war.[1]

Ohne Anhänger in der Literatur ist Mommsen geblieben, der für den Eintritt der mora accipiendi eine Willkür seitens des Gläubigers bei der Nichtannahme voraussetzt. Nach dieser Willenstheorie ist allein der Wille massgebend, mag auch der Grund, der den Willen bestimmt, noch so entschuldbar sein; dagegen soll casus den Gläubiger vor dem Verzuge und dessen Folgen bewahren. Zur Bestätigung seiner Ansicht beruft sich Mommsen[2] auf die oben zitierte l. 72 pr. D. de solut. 46, 3; ferner auf l. 7 D. de usur. 22, 1; l. 73 § 2 D. de VO. 45, 1; nov. 91 c. 2; auch auf l. 26 D. sol. matr. 24,3; l. 30, l. 39, l. 72 § 2, 3 D. de sol. 46, 3 unter Hervorhebung des Umstandes, dass die dort gebrauchten Ausdrücke: „accipere noluit" und „accipere recusavit" für die Wichtigkeit der Willenstätigkeit bei der Nichtannahme genügenden Beweis liefern. Gleichwohl gesteht Mommsen zu, dass sich eine ausdrückliche Anerkennung seiner Theorie in den Quellen nicht findet. Ausschlaggebend für den geringen Anklang, den dieselbe gefunden hat, war zweifellos die Erwägung, dass es in der klassischen Jurisprudenz eine Mittel-

1) Über die vermittelnde Ansicht Dernburgs s. diesen, Pand. II, § 97.

2) S. 161 ff.

stufe zwischen culpa und casus nicht gegeben hat und sich eine solche auch nicht konstruieren lässt.

In diesem Streit der Meinungen hat das BGB. in glücklicher Weise eingegriffen, indem es das Erfordernis einer culpa auf seiten des Gläubigers als Voraussetzung des Gläubigerverzugs negiert. Es genügt die nackte Tatsache der Nichtannahme der angebotenen Leistung durch den Gläubiger. Hat der Schuldner alles getan, was von seiner Seite zur Bewirkung der Leistung erforderlich war, so hat der Gläubiger keine Möglichkeit, sich rechtlich zu entschuldigen. Es ist ganz gleichgültig, ob der Gläubiger durch eigenes Verschulden oder durch äussere Ereignisse oder zufällige Umstände irgend welcher Art an der Annahme verhindert war. Er kommt selbst dann in Verzug, wenn er in gutem Glauben die ihm angebotene Leistung für mangelhaft hält, oder wenn er von seiner Berechtigung gar keine Kenntnis hat.

Die Motive führen zur Begründung folgendes an: Es sei unbillig, dem Schuldner als Folge eines in der Person des Gläubigers eingetretenen Zufalls eine Erschwerung seiner Verbindlichkeit aufzuerlegen. Dazu kommen auch praktische Gründe in Erwägung: Für den Fall, dass der Gläubiger, welcher durch Zufall oder Fahrlässigkeit an der Annahme gehindert war, nicht in Verzug geraten solle, würde der Schuldner geradezu zur öffentlichen Hinterlegung gedrängt werden. Hiermit wäre den insoweit zu beachtenden Interessen wenig gedient. Auch wäre es inkonsequent, den Gläubigerverzug durch Um-

stände, welche dem Depositionsrecht nicht entgegenständen, auszuschliessen.

Man hat mit Recht darauf erwidert, dass die Motive sich im Zirkelschluss bewegen.[1] Denn das Hinterlegungsrecht hat den Gläubigerverzug in der Regel zur Voraussetzung und ist demnach von diesem abhängig.

Die Nichtannahme, rein objektiv genommen, ist also nach dem BGB. die Basis des Gläubigerverzugs.[2] Unterlässt der Gläubiger die Ausübung seines Annahmerechts, so gerät er in Verzug, ohne dass es auf ein Verschulden seinerseits ankommt, denn von einem Verschulden auf seiten des Gläubigers könnte der Eintritt des Gläubigerverzuges nur dann abhängig gemacht werden, wenn eine Pflicht des Gläubigers, anzunehmen, bestände. Daher kann z. B. auch der Vermieter, welcher seinerseits erfüllungsbereit war, von dem Mieter, der die gemietete Wohnung nicht bezieht und dadurch in Annahmeverzug gerät,[3] keinen Schadensersatz, sondern nur den Mietzins fordern.[4]

Als Nichtannahme gilt es auch, wenn der Gläubiger zwar die Leistung empfangen, nicht aber die ihm obliegende Gegenleistung bewirken will, wie bei Zug- um -Zugleistungen, und besonders in den Fällen, in denen der Empfänger vorzuleisten hat.[5]

1) cf. Endemann, S. 624, N. 10.

2) cf. Crome, S. 147.

3) Matthiass, S. 366, verneint, dass in einem solchen Falle überhaupt von Annahmeverzug gesprochen werden könnte.

4) Dagegen: Entsch. d. OLG. Frankfurt a. M. v. 25. Oktober 1901 (Frankfurter Rundschau, 36. Jahrg., S. 99.)

5) Crome, S. 151.

Voraussetzung des Annahmeverzugs ist hier, dass der nicht säumige Teil die Gegenleistung verlangt. Erst, wenn dies geschehen ist, kann, nachdem der andere Teil vergeblich angeboten hat, Annahmeverzug eintreten.

Ganz ausgeschlossen ist ein Annahmeverzug in den Fällen, wo nach der Sachlage die Mitwirkung des Gläubigers nicht erforderlich ist; denn in diesen Fällen gilt die Leistung als bewirkt, wenn der Schuldner alles getan hat, was von seiner Seite zur Bewirkung der Leistung erforderlich war.[1]

Die Annahme, welche ein Erlöschen des Schuldverhältnisses herbeiführen soll, muss stets „Erfüllungsannahme" sein. — Verweigert z. B. der Käufer Annahme als Erfüllung, so gerät er ebenso in Verzug, wie wenn er gänzlich abweist.[2] Ist nun eine vorbehaltlose Besitznahme stets als Annahme anzusehen? Das Gesetz sagt das nicht. Der Käufer muss sich also nur dann gefallen lassen, dass sie als solche angesehen wird — mag er auch den Willen, die Sache als Erfüllung anzusehen, garnicht haben — wenn dieser innere Wille im Widerspruch mit seiner äusseren Handlungsweise steht.

Lehnt der Gläubiger die Annahme der tatsächlich oder — im Falle, dass er bereits vorher seine Nichtbereitschaft zur Annahme erklärt hat — wörtlich angebotenen Leistung ab, so trifft i h n die Beweis

1) cf. Matthiass, S. 366; Planck, S. 69, zu § 294; Crome S. 151.

2) Werner, i. d. Zeitschrift „das Recht", 1900, No. 14, S. 365 fg.

last für die Entschuldigung. Das Angebot ist zwar vom Schuldner zu beweisen, Sache des Gläubigers aber ist es, sich von der Leistungsbereitschaft des Schuldners zu überzeugen. Der § 297 BGB. fordert von ihm den Nachweis, dass der Schuldner z. Z. des Angebotes ausser stande war, die Leistung zu bewirken.[1]

Wichtig ist auch der Fall, dass der Gläubiger in Annahmeverzug gerät, wenn er eine Leistung ablehnt, weil ihm die Bestimmung des Schuldners, dass eine bestimmte Forderung getilgt werden solle, nicht genehm ist. Einer Ablehnung des Angebotes steht es gleich, wenn der Gläubiger sich zwar zur Annahme bereit erklärt, aber nur unter der Voraussetzung, dass auf eine andere als die vom Schuldner bezeichnete Forderung angerechnet werde. Geht der Schuldner hierauf nicht ein, und nimmt der Gläubiger die Leistung gleichwohl in Empfang, so wird die vom Schuldner bestimmte getilgt.[2]

Bei Lieferung einer Gattungssache darf der Schuldner nur eine Sache mittlerer Art und Güte anbieten (§ 243, 1 BGB.); weist der Gläubiger hier eine Sache minderer Art zurück, so kommt er nicht in Annahmeverzug. Ist dagegen eine Speziessache verkauft, so kann der Käufer die Annahme einer mangelhaften Sache nicht zurückweisen, widrigenfalls er in Annahmeverzug gerät;[3] denn der Verkäufer

1) cf. Entsch. des OLG. Breslau vom 16. Oktober 1902 Recht", 1902, No. 6, S. 556).

2) Matthiass, S. 422.

3) Cosack, S. 428; II, 1.

kann seiner Leistungspflicht nur genügen, wenn er die bestimmte, wenngleich fehlerhafte Sache liefert. Der Gläubiger kann dann auf die Bestimmung des § 464 BGB. zurückgreifen und sich seine Rechte vorbehalten.

Schliesslich kann der Gläubiger das Angebot zurückweisen, wenn er durch die angebotene Leistung mehr erhalten würde als er wirklich zu fordern hat. Annehmen muss er, soweit Trennung des Mehrangebotes von dem Geschuldeten möglich ist. Die ganze Leistung kann er nur zurückweisen, sofern Trennung des Mehrangebotes nicht möglich, oder wenn der Schuldner sich weigert, diese vorzunehmen.

Bemerkt sei noch, dass trotz erklärter Annahmeverweigerung der Gläubiger die Möglichkeit hat, diese Weigerung durch Widerruf zu beseitigen. Dann genügt ein diesem Widerrufe nachfolgendes wörtliches Angebot nicht mehr.[1] —

Dass nun der Gläubigerverzug nach dem BGB. ohne Verschulden des Gläubigers eintritt, kann zu Härten führen; deshalb hat der Gesetzgeber zur Milderung des schroffen Prinzips die Vorschrift des § 293 verschiedentlich abgeschwächt.

Gerade für die am häufigsten vorkommenden Verträge, den Kauf- und den Werkvertrag sowie den Vertrag, der auf Veräusserung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet ist, ist das Prinzip, dass die Annahme nur ein Recht des Gläubigers sei, durchbrochen. So ist laut § 640, 1 der

1) Matthiass, S. 367, 2a.

Besteller verpflichtet, dass vertragsmässig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werks die Abnahme ausgeschlossen ist; ebenso heisst es in § 433, 2, dass der Käufer verpflichtet ist, die gekaufte Sache abzunehmen, und diese Bestimmung findet laut § 445 auch auf die anderen oben genannten Verträge entsprechende Anwendung.

Im Falle des bereits oben zitierten § 297 BGB. kommt der Gläubiger trotz seiner Nichtannahme nicht in Verzug.

Auch gerät der Gläubiger, falls die Leistungszeit nicht bestimmt oder der Schuldner berechtigt ist, vor der bestimmten Zeit zu leisten, nicht dadurch in Verzug, dass er vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert ist. Es wäre gegen Treu und Glauben und könnte zur Chikane führen, wenn der Schuldner eine vorübergehende Behinderung des Gläubigers an der Annahme benutzen dürfte, um diesen in Verzug zu setzen.

Ob die vorübergehende Behinderung vom Gläubiger verschuldet ist oder nicht, ist unerheblich.

Vorausgesetzt ist, dass der Schuldner kein Interesse daran hat, gerade in diesem Momente zu leisten. Wenn er ein solches hat, so soll er dem Gläubiger die Leistung eine angemessene Zeit vorher ankündigen. In solchem Falle kann sich der Gläubiger nicht auf seine Behinderung berufen.[1] Die Ankündigung seitens des Schuldners ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung; dass sie ge-

1) cf. BGB. § 299; Matthiass S. 368 fg.

schehen ist, hat der Schuldner zu beweisen. — Dagegen liegt der Beweis einer vorübergehenden Behinderung dem Gläubiger ob.

Gläubigerverzug tritt jedoch trotz Annahmebereitschaft des Gläubigers ein, wenn der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet ist, dieser aber die ihm obliegende Gegenleistung nicht anbietet (§ 298 BGB.).[1]

Planck[2] sagt, dass diese Vorschrift des § 298 sich bei richtiger Auffassung des Wesens der hier fraglichen Verpflichtungen schon aus dem § 295 ableiten liesse, indem er ausführt, dass der Schuldner, sofern er nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet ist, nur gegen die Gegenleistung anzubieten und die ihm obliegende Tätigkeit nicht eher fortzusetzen braucht.

Die Vorschrift des § 298 bezieht sich jedoch auf gegenseitige, Zug um Zug zu erfüllende Verbindlichkeiten, und besonders auch auf solche Fälle, die der actio contraria entsprechen.[3]

---

1) Matthiass, S. 368 (B.).

2) II. zu § 298, 1.

3) BGB. §§ 274,2; 286,2; 368; 371; 320; 348; 601; 670; 797; 1049 etc. Matthiass, S. 368 (B.).